

Sygn. akt KIO/UZP 815/10

**WYROK**  
**z dnia 21 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Emil Kawa**  
**Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ARG Projektowanie Inwestycyjne Sp. J. (lider konsorcjum), MP-Mosty sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 31-234 Kraków, ul. Herwina Piątka 16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, 31-542 Kraków, ul. Mogilska 25**, protestu z dnia **16 kwietnia 2010 r.**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Pracownię Inżynierską Klotoida Mirosław Bajor, Andrzej Zygmunt sp.j. oraz Pracownię Inżynierską Klotoida sp. z o.o., ul. płka Stanisława Dąbka 8, 30-732 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ARG Projektowanie Inwestycyjne Sp.j. (lider konsorcjum), MP-Mosty sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 31-234 Kraków, ul. Herwina Piątka 16** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: ARG Projektowanie Inwestycyjne Sp. J. (lider konsorcjum), MP-Mosty sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 31-234 Kraków, ul. Herwina Piątka 16;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: ARG Projektowanie Inwestycyjne Sp. J. (lider konsorcjum), MP-Mosty sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 31-234 Kraków, ul. Herwina Piątka 16** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, 31-542 Kraków, ul. Mogilska 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ARG Projektowanie Inwestycyjne Sp. J. (lider konsorcjum), MP-Mosty sp. z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum 31-234 Kraków, ul. Herwina Piątka 16.**

### **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla rozbudowy drogi krajowej nr 7 na odcinku Węgrzyce-Kraków w km 656+500-657+897”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706), zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**05.01.2010 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 2-001568.

**07.04.2010 r.** zamawiający zawiadomił (m.in.) o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – (1) Pracownię Inżynierską Klotoida sp.j. oraz (2) Pracownię Inżynierską Klotoida sp. z o.o.;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (1) ARG Projektowanie Inwestycyjne Sp. j., ul. Herwina Piątka 16, 31-234 Kraków oraz (2) MP-Mosty Sp. z o. o., ul. Stoczniovców 3, 30-709 Kraków, gdyż wykonawcy w udzielonych wyjaśnieniach na temat wysokości zaoferowanej ceny (po zapytaniu, zgodnie z art. 90 Pzp) nie przedstawili obiektywnych czynników, na których podstawie zamawiający mógłby uznać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 Pzp), co skutkowało odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp.

**16.04.2010 r.** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (1) ARG Projektowanie Inwestycyjne Sp. j., ul. Herwina Piątka 16, 31-234 Kraków oraz (2) MP-Mosty Sp. z o.o., ul. Stoczniovców 3, 30-709 Kraków, wnieśli protest na czynności:

- 1) badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez odwołującego;
- 2) wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców występujących wspólnie, tj. Pracownię Inżynierską Klotoida sp.j. oraz Pracownię Inżynierską Klotoida sp. z o.o.;
- 3) zaniechania uznania wyjaśnień udzielonych przez odwołującego pismem z 04.04.2010 r.;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego, jako oferty zawierającej „rażąco niską cenę”, mimo udzielenia wyjaśnień.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 2 Pzp przez pominięcie wyjaśnień udzielonych przez odwołującego, w związku z przyjęciem, iż udzielone wyjaśnienia nie zawierają obiektywnych czynników pozwalających na zaproponowanie ceny niższej niż zaoferowali inni wykonawcy;

- 2) art. 90 ust. 3 Pzp przez przyjęcie, że odwołujący przedstawił ofertę zawierającą „rażąco niską cenę”;
- 3) zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które to zasady zostały określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3) ewentualnie także o unieważnienie czynności wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp i ponowne wezwanie odwołującego do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp ze wskazaniem konkretnych okoliczności uzasadniających takie wezwanie, a w ich wyniku wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Argumentacja odwołującego:

Ustawa nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”, jak i też pojęcie to nie zostało zdefiniowane w literaturze, orzecznictwie Zespołów Arbitrów (później Krajowej Izby Odwoławczej), czy też sądów okręgowych. Wielokrotnie też organy te zwracały uwagę na konieczność uwzględnienia wielu czynników uzasadniających w konkretnym stanie faktycznym postawienie takiego zarzutu, czy też, idąc dalej, podjęcie kroków skutkujących eliminacją wykonawcy z postępowania. Z tych też względów kryteria bazujące wyłącznie na obliczeniach arytmetycznych, a także metodologia zakładająca wyłącznie porównywanie ceny oferty wykonawcy do średniej cen ofert złożonych w postępowaniu, jak i też szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego nie może być przesądzająca. Tym bardziej, iż przedmiotem postępowania jest usługa, której zasadniczy koszt dla odwołującego wynika niemalże wyłącznie z właściwego oszacowania koniecznego nakładu pracy i stawek przyjętego wynagrodzenia. Skalkulowanie konkurencyjnej ceny jest zatem w zasadniczej mierze uzależnione od:

- 1) doświadczenia osób, przy pomocy których realizowane będą prace obejmujące przedmiot zamówienia;
- 2) rodzaju stosunku prawnego łączącego te osoby z wykonawcą oraz
- 3) *know how* pozyskanego na danym terytorium.

Łącznie czynniki te pozwalają we właściwy sposób ocenić konieczny nakład pracy, uwzględniając możliwe ryzyka, a jednocześnie pozwalają przedstawić konkurencyjną ofertę.

Odwołujący wskazał, że:

- 1) w odpowiedzi z 04.04.2010 r. na wezwanie zamawiającego pismem z 02.04.2010 r.;
- 2) w odpowiedzi odwołujący, przedstawił obiektywne okoliczności uzasadniające zaproponowaną w ofercie cenę.

Źródłem błędu jest zatem brak właściwej oceny wyjaśnień udzielonych przez odwołującego i przyjęcie, iż udzielona odpowiedź jest bez znaczenia dla sprawy ze skutkiem określonym w art. 90 ust. 3 Pzp.

I. W toku badania i oceny ofert zamawiający pominął szereg okoliczności, które są właściwe dla oceny czy w przedstawionym stanie faktycznym zachodzi już tylko przypuszczenie, iż występuje „rażąco niska cena”. Bowiem prócz takich okoliczności jak:

- 1) różnica między szacunkową wartością przedmiotu zamówienia powiększoną o VAT, a ceną oferty odwołującego, oraz
- 2) różnica między średnią arytmetyczną ceną ofert złożonych w postępowaniu, a ceną oferty odwołującego

– należało wziąć pod uwagę też takie okoliczności jak:

- 3) aktualność i prawidłowość sporządzenia szacunku przez zamawiającego i założeń, które legły u podstaw sporządzenia szacunku;
- 4) występujące ceny usług na rynku właściwym dla przedmiotu zamówienia;
- 5) konkurencyjność rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia i sytuacji na tym rynku;
- 6) możliwość zaproponowania ceny niższej w stosunku do szacunku sporządzonego przed wszczęciem postępowania.

Na powyższe wskazuje:

1) wyrok KIO z 6 lutego 2009 r. (KIO/UZP 109/09), gdzie Izba przyjęła, że: „Punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko wartość szacunkowa zamówienia, ale także jego specyfika i charakter oraz ceny ofert konkurencyjnych”;

2) wyrok KIO z 12 lutego 2009 r. (KIO/UZP 126/09), gdzie wskazano, iż: „Ustalenie poziomu rażąco niskiej ceny nie może odbywać się jedynie przez porównanie wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, ale powinno mieć również na względzie ceny zaproponowane w innych ofertach oraz zmiany sytuacji na rynku”;

3) wyrok KIO z 30 stycznia 2009 r. (KIO/UZP 76/09), gdzie przyjęto, że: „Każdą ofertę zawierającą rażąco niską cenę należy oceniać w kategoriach anomalii, którą charakteryzuje:

- 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu granicy normy właściwej dla cen na zamówienie tego samego rodzaju;
- 2) istotne dysproporcje w stosunku do:
  - a) wartości całego przedmiotu zamówienia,
  - b) wysokości cen rynkowych,
  - c) cen przedstawionych przez innych wykonawców;
- 3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia”;

4) wyrok KIO z 19 sierpnia 2009 r. (KIO/UZP 1104/09), gdzie przyjęto, że: „Dla oceny czy zaproponowana cena jest rażąco niska, w szczególności w czasie spowolnienia gospodarczego, kiedy firmy bardziej agresywnie konkurują o zamówienia publiczne, konieczna jest nie tylko analiza rynku, ale przede wszystkim porównanie cen wykonawców konkurujących o udzielenie zamówienia publicznego”;

5) wyrok KIO z 27 lipca 2009 r. (KIO/UZP 878/09): „Zamawiający na etapie badania i oceny ofert powinien zweryfikować wcześniej ustaloną wartość szacunkową zamówienia, aby nie porównywać cen ofertowych do wartości, które nie uwzględniają cen rynkowych i tendencji tego rynku, a w konsekwencji, aby nie narazić się na wyeliminowanie z postępowania ofert z niższymi cenami, a zatem, aby wydatek był dokonany w sposób oszczędny”.

Dlatego nie można podzielić stanowiska przyjętego w toku postępowania, tj. iż zachodziły przesłanki uzasadniające weryfikację ceny przedstawionej w ofercie odwołującego. Uwzględniając wszelkie okoliczności sprawy należy stwierdzić, że mamy do czynienia z:

1) rynkiem wysoce konkurencyjnym – o czym świadczy przede wszystkim liczba ofert złożonych w toku postępowania – 16. Jest to wielkość, która zdecydowanie przekracza wielkości statystyczne na rynku właściwym dla postępowań których przedmiotem są usługi i która przeciętnie wynosi 2;

2) rynkiem, na którym wykonawcy w zasadniczy sposób konkurują cenowo – o czym świadczą wprost ceny zaoferowane w ofertach złożonych w toku postępowania.

Przy tym należy mieć na uwadze, że rozpiętość cen zaproponowanych w ofertach wynosi w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o VAT od **63,90%** (oferta odwołującego) do 184%. Trzech wykonawców złożyło oferty na poziomie ok. **78%** w stosunku do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o VAT. Co więcej, cena na tym poziomie została też zaproponowana przez inne konsorcjum, którego jeden z członków nie posiada siedziby na terenie Rzeczypospolitej Polskiej (oferta nr 13).

Zatem można mieć uzasadnione wątpliwości, co do aktualności założeń jak i obliczeń dokonanych przez zamawiającego, jak i też pominięcie specyfiki przedmiotu zamówienia i rynku, na którym operuje. Sytuacja występująca w postępowaniu, nie odbiega w zasadniczy sposób od typowych na tym rynku usług doradztwa związanego z robotami budowlanymi. Dla przykładu odwołujący wskazał na analogiczne sytuacje, znane odwołującemu z aktywnego uczestnictwa w rynku zamówień publicznych, a odnoszące się do zamówień obejmujących:

1. „Wykonanie kompleksowej dokumentacji projektowej dla przedsięwzięcia: Budowa drogi łącznikowej klasy GP pomiędzy węzłem Brzesko na autostradzie A-4 a drogą krajową nr 4”. Z uwagi na to, że przedmiotowe postępowanie prowadzone jest przez zamawiającego, wydaje się, że można jedynie poprzestać na wskazaniu, że łączna liczba ofert złożonych

wniosła 15. Rozpiętość cen wahała się zaś w przedziale od 916 300 złotych do 4 809 500 zł. Przy tym przy przyjętej przez zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia określonej na 3 032 768,88 złotych zdecydowano się na wybór i podpisanie umowy z Wykonawcą na kwotę brutto 916 300 złotych, a więc nie stanowiącej nawet 1/3 szacunkowej wartości zamówienia.

2. „Opracowanie studium wykonalności budowy połączenia drogi wojewódzkiej nr 966 z drogą krajową nr 4 nowym odcinkiem drogi wojewódzkiej w miejscowości Biskupice-Przebieczany wraz z decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji inwestycji”, gdzie zamawiający (Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie) otrzymał 9 ofert opiewających na kwoty od 94 887,94 do 283 772 zł i wybrał ofertę z najniższą ceną.

3. „Projekt budowlany, projekt wykonawczy i STWiORB dla zadania „Budowa mostu na rzece Odrze w m. Brzeg Dolny wraz z drogami dojazdowymi”, gdzie zamawiającym była Dolnośląska Służba Dróg i Kolei. W toku postępowania złożono 7 ofert zaś szacunkowa wartość zamówienia została określona na kwotę 2 902 610,00 złotych przy tym zamawiający wybrał ofertę opiewającą na kwotę 2 426 580 zł.

4. „Opracowanie koncepcji programowej oraz projektu budowlanego i wykonawczego budowy obwodnicy m. Nysa w ciągu drogi krajowej nr 41 i nr 46”, gdzie zamawiającym jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu. W toku postępowania złożono 25 ofert opiewających na kwoty od 2 296 845,26 do 7 320 610 zł, zaś szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została przyjęta na kwotę 10 000 000 zł.

W zaistniałym stanie faktycznym nie powinna istnieć choćby tylko obawa zaoferowania przez któregokolwiek z wykonawców ceny, w stosunku do której należałoby przyjąć, iż może być „rażąco niska”. Jeżeli bowiem nawet przyjąć, że szacunek został sporządzony z zachowaniem należytej staranności, jakkolwiek treść rozstrzygnięcia podważa powyższe, zamawiający kalkulując szacunek musiał, prócz wyznaczenia średniej wartości, brać pod uwagę też wartości dolne, jakkolwiek mieszczące się w praktyce rynkowej. W tych wartościach pozostaje oferta złożona przez odwołującego. Różnica **40%** w stosunku do szacunku nie stanowi bowiem na rynku tych usług sytuacji nadzwyczajnej. Takie tendencje cenowe pozostają aktualne już przez ponad okres roku.

**II.** Odnosząc się do bezpośrednich przyczyn, które w ocenie zamawiającego zaważyły o odrzuceniu oferty odwołujący wskazał, że nie zachodziły żadne przesłanki uzasadniające przyjęcie, że powołane przez odwołującego okoliczności są bez znaczenia dla sprawy.

W tym zakresie należy przede wszystkim wskazać, że art. 90 ust. 2 Pzp, nie zawiera zamkniętego katalogu okoliczności, które mogą zostać przyjęte, jako obiektywne czynniki uzasadniające zaproponowanie niższej ceny. Wybór czynników należy do samego wykonawcy, w stosunku do którego zwrócono się z takim zapytaniem. Niemniej w każdym

wypadku ocena takich wyjaśnień powinna być zobiektywizowana, jak i też uwzględniać całokształt okoliczności, do których odwołano się w treści udzielonych wyjaśnień. Na poparcie powyższego należy wskazać:

1) wyrok KIO z 5 marca 2009 r. (KIO/UZP 196/09), którym przyjęto że: „Przepis art. 90 ust. 2 Pzp nakazuje zamawiającemu, oceniającemu wyjaśnienia, branie pod uwagę obiektywnych czynników, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Nie jest, więc to katalog zamknięty. Tym samym, zamawiający biorąc pod rozwagę złożone przez wykonawcę wyjaśnienia, może kierować się również innymi czynnikami, które wskaże wykonawca, jako takie, które uwiarygodniają w sposób dostateczny możliwość zaoferowania ceny podanej w ofercie”;

2) wyrok KIO z 6 lutego 2009 r. (KIO/UZP 109/09): „Brak definicji pojęcia »rażąco niska cena« oraz brak jednoznacznego wskazania kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej, sprawia iż każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku”.

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę udzielone przez niego wyjaśnienia z 04.04.2010 r. nie sposób podzielić poglądu, że nie odnoszą się do obiektywnych czynników uzasadniających rzetelne skalkulowanie ceny oferty. W ich treści wprost bowiem odniesiono się w pkt 1-4 do ceny i po ponownym przeanalizowaniu treści specyfikacji potwierdzono gotowość wykonania zamówienia za podaną w ofercie cenę i na warunkach przyjętych przez zamawiającego we wzorze umowy.

Odwołujący wskazał też okoliczności, które wyczerpują znamiona „obiektywnych czynników”, jak i potwierdzają zachowanie należytej staranności przy skalkulowaniu ceny oferty. Przy tym należy mieć na uwadze, że w samej ofercie podano ceny jednostkowe prac, z tych względów, jak i też czasu pozostawionego na udzielenie wyjaśnień, nie było celowe i możliwe udzielenie szerszych wyjaśnień. Co więcej, należy też przypomnieć, że decyzję o tym czy w toku postępowania wyjaśniającego istnieje konieczność przedstawienia dowodów, ustawodawca pozostawił do rozstrzygnięcia samemu wykonawcy udzielającemu takich wyjaśnień. Powyższy pogląd został podzielony w orzecznictwie KIO w wyroku z 12 listopada 2009 r. (KIO/UZP 1497/09) gdzie Izba wskazała, że: „Z treści art. 90 ust. 2 Pzp nie wynika *expressis verbis* obowiązek złożenia dowodów wraz z wyjaśnieniami, w konsekwencji nie wynika prawo zamawiającego do żądania dowodów, potwierdzających wyjaśnienia



wykonawcy, natomiast wykonawca, udzielając wyjaśnień, może takie dowody złożyć, a wówczas zamawiający będzie zobowiązany, oceniając wyjaśnienia, wziąć pod uwagę ich podparcie stosownym dowodem”.

Z tego też względu, zdaniem odwołującego nie można też przyjąć, poglądu wyrażonego w rozstrzygnięciu protestu, iż sam fakt nieprzedstawienia dowodów wraz z udzielonymi wyjaśnieniami, może przesądzić o ogólnikowości przedstawionych wyjaśnień, ich nierzetelności czy też niewiarygodności, a w konsekwencji automatycznie powinien prowadzić do odrzucenia oferty. Odwołujący podnosi też, że:

1) w samym wezwaniu nie określono jakich informacji, na jaką okoliczność i jak szczegółowych w tym zakresie oczekuje się od wykonawcy, jak i też jakim materiałem przypisuje się moc dowodową;

2) udzielone wyjaśnienia powinny być interpretowane uwzględniając treść oferty i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę wraz z ofertą.

Odwołujący stwierdza, że za obiektywne należy uznać wskazanie, iż „wycena ceny ofertowej została sporządzona w oparciu o wiedzę oraz doświadczenie nabyte podczas realizacji podobnych projektów oraz w oparciu o Środowiskowe Zasady Wycen Prac Projektowych – 2009”.

Doświadczenie to obejmuje w odniesieniu do każdego z członków odwołującego nie tylko zamówienia zrealizowane i ujawnione w ofercie na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale i też szereg innych, które pominięto z uwagi na brak znaczenia w sprawie, a wydają się oczywiste, z uwagi na publikację informacji o nich na ogólnodostępnych stronach internetowych prowadzonych przez każdego z członków odwołującego, tj.:

1) <http://arg.nazwa.pl/> ;

2) <http://www.mpmosty.pl/> .

Odwołujący wskazał, że na stronie <http://www.mpmostv.pl/referencie.html> ujawnione są też listy referencyjne podpisane przez zleceniodawców, potwierdzające fakt należytego wykonania tych zamówień. Biorąc pod uwagę, że doświadczenie to obejmuje łącznie w przypadku obu członków odwołującego ponad 50 zamówień w okresie ostatnich 5 lat trudno jest mówić o przypadkowości zaproponowanej ceny. Stanowisko zamawiającego w tym zakresie jest tym bardziej niezrozumiałe, iż odwołujący wprost odwołał się do metodologii wyceny przyjętej dla zasadniczej części prac w Środowiskowych Zasadach Wyceny Prac Projektowych.

Odrębną kwestią jest też *know how* wyniesiony przez obu członków odwołującego z faktu realizacji tych zamówień. Szereg z nich o zbliżonym zakresie realizowano dla inwestycji znajdujących się w otoczeniu planowanej przez zamawiającego:

1) „Opracowaniu wstępnego projektu wraz z materiałami do ULD w celu uściślenia zajętości terenu wymaganego do pozyskanie pod przebudowę al. 29 Listopada na odcinku od ul. Opolskiej do granic Miasta Krakowa” realizowanym na zlecenie Krakowskiego Zarządu Dróg. Informację o tym zamówieniu ujawniono zarówno w treści oferty jaki też udzielonych wyjaśnieniach. Al. 29 Listopada na odcinku od ul. Opolskiej do granic Miasta Kraków jest Droga Krajową nr 7 km ok. 660+551-657+897. Przedmiot zaś rozpoznawanego postępowania jest kontynuacją tej ulicy, której projekt został wykonany na zlecenie KZD (odcinek miejski). Dla ww. projektu członek odwołującego otrzymał od gestorów sieci warunki na przebudowę lub zabezpieczenie oraz opinie;

2) kolejnym kluczowym zamówieniem dla przedmiotowej kwestii jest zamówienie obejmujące „Opracowanie koncepcji programowo-przestrzennej i kompletnych materiałów do decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach oraz decyzji ULD dla zadania p.n. »Północna obwodnica Krakowa« realizowanym na zlecenie Województwa Małopolskiego oraz Gminę Miejską Kraków”. Skrzyżowanie jednego z wariantów przebiegu Północnej Obwodnicy Krakowa z DK-7 jest w km DK-7 ok. 657+697, a więc jest w zakresie projektu dla przebudowywanej drogi Węgrzce-Kraków. Na ten teren członkowie odwołującego posiadają „zaklauzulowany” podkład sytuacyjno-wysokościowy zaś planowana rozbudowa Drogi Krajowej nr 7 na odcinku Węgrzce-Kraków znajduje się pomiędzy wariantami Północnej obwodnicy Krakowa. W związku z tym, odwołujący jest już w posiadaniu na cały teren inwestycji aktualnych map zasadniczych z Powiatowego Ośrodka Geodezyjnego. Również dla tej Inwestycji posiada warunki od gestorów sieci na ich zabezpieczenie lub przebudowę.

Udział w nich brały osoby przedstawione na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, który to fakt jest znany zamawiającemu, gdyż informacje te ujawniono w treści oferty. Dla przykładu odwołujący wskazał, że do grona tego należą:

- 1) Andrzej G. – projektant branży drogowej – współnik;
- 2) Jarosław K. – sprawdzający branży drogowej;
- 3) Robert S. – sprawdzający branży mostowej – współnik;
- 4) Marek R. – geodeta.

Dysponując tymi osobami, jak i też wiedzą, o której mowa wyżej, należy przyjąć, iż odwołujący znajduje się w korzystniejszej od innych wykonawców sytuacji.

Ważniejsze jest jednak, biorąc pod uwagę „lokalny rynek”, na którym obaj członkowie odwołującego koncentrują swoją działalność, możliwość właściwego skalkulowania ryzyk i faktycznych trudności w wykonaniu zamówienia. To zaś zostało poczynione i ma swoje odzwierciedlenie w cenie przedstawionej przez odwołującego.

Większość personelu planowanego do zaangażowania dla realizacji prac objętych zamówieniem, pozostaje w stosunku pracy z członkami odwołującego. Uwzględniając zaś, iż obaj członkowie odwołującego mają swoją siedzibę na terenie Krakowa i w niedalekiej

odległości od planowanej inwestycji – też okoliczność ujawniona w ofercie i udzielonych wyjaśnieniach. Nie sposób pominąć, iż będzie to miało znaczenie dla wyceny tak pierwszej (prace projektowe i analityczne) jak i drugiej (nadzór) części zamówienia. Również w tym zakresie są to warunki, które nie są dostępne dla wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie i znajdujące swoje odzwierciedlenie w podanych cenach. Trzech innych wykonawców posiadających siedziby na terenie Krakowa zaproponowało cenę na poziomie ok. **550-560 tysięcy zł**, a więc tylko nieznacznie odbiegającą od ceny odwołującego.

Przyjęte stawki wynagrodzenia personelu pozostają dalekie od tego, aby pozostać w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Jakkolwiek wykonanie zamówienia jest rozłożone w czasie na okres 45 miesięcy, to nie można przyjąć, że nie jest to tożsame z czasem, jaki potrzebuje wykonawca na jego wykonanie. Dysponując osobami zatrudnionymi na umowę o pracę, można zatem powierzyć wykonywanie prac objętych tym zamówieniem, jako jednego z zadań, ale nie jedyne.

Odrębną kwestią jest przyjęta przez odwołującego polityka cenowa. Ta jednak jest kształtowana adekwatnie do warunków rynkowych, specyfiki zamówienia i trudno, aby z tego co jest przewagą na danym rynku, jak i też w ogóle w oparciu, o co może być budowana przewaga na rynku usług doradztwa związanego z robotami budowlanymi, czynić wykonawcy zarzut.

W wyroku KIO z 5 marca 2009 r. Izba zwróciła uwagę, że: „Ceny uzyskane w innych postępowaniach przez tego samego lub innych zamawiających nie przesądzają o fakcie zastosowania rażąco niskiej ceny, gdyż w dużej mierze zależą one od zaistnienia różnych zmiennych czynników (oprócz konieczności uwzględnienia w cenie szczególnych wymagań zamawiającego i innych elementów wpływających na koszty), np. liczby wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia i cen zawartych w ich ofertach, na które konkurenci muszą zareagować, jeśli chcą złożyć ofertę konkurencyjną”.

**III.** Zamawiający występując do odwołującego o udzielenie wyjaśnień nie wskazał wprost okoliczności, które w ocenie zamawiającego mogą być uznane za „obiektywne” i mogące przyczynić się do wyjaśnienia kwestii budzących wątpliwości, jeżeli przyjął w tym zakresie jakies ograniczenia. Niemniej, jak wskazano powyżej, brak jest podstaw do ich przyjęcia, jak i też nieuznania przytoczonych przez odwołującego za obiektywne.

**IV.** W tym stanie rzeczy zasadnym jest także zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców ujętej w art. 7 Pzp. W toku postępowania zwrócono się bowiem wyłącznie do odwołującego o przedstawienie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Tymczasem nie tylko oferta odwołującego odbiega od szacunkowej wartości zamówienia i cen innych ofert. Powyższe można odnieść do cen ujętych w ofertach przynajmniej czterech

innych wykonawców w tym wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, podczas kiedy różnica między tymi ofertami kształtuje się na poziomie kilkunastu procent. Jeśli jednak przyjęto, że w stosunku do zaproponowanych przez nich cen nie zachodzi przypuszczenie, że mogą być „rażąco niskie”, w tym zakresie konsekwentnie takie stanowisko powinno zostać przyjęte także wobec ceny w ofercie odwołującego. Różnica między tymi cenami bez wątplenia pozostaje w granicach, które nie powinna budzić najmniejszych wątpliwości.

Mając na uwadze, że w przedstawionym stanie faktycznym w stosunku do odwołującego został sformułowany tylko jeden zarzut, zaś w świetle wyżej przedstawionych argumentów nie znajduje on potwierdzenia, odwołanie stało się konieczne i jest w pełni uzasadnione, a interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia, w świetle art. 179 Pzp doznał uszczerbku. Odwołujący złożył ważną ofertę w ramach przedmiotowego postępowania. Przyjmując zaś, iż złożył ofertę najkorzystniejszą – najtańszą, zaś cena stanowi jedyne kryterium oceny – przyjmując prawidłowe działanie zamawiającego, w tym stanie rzeczy odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

**16.04.2010 r.** zamawiający powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

**19.04.2010 r.** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (1) Pracownia Inżynierska Klotoida sp.j. oraz (2) Pracownia Inżynierska Klotoida sp. z o.o. złożyli pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

**26.04.2010 r.** zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 art. 90 ust. 2 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez uznanie, że złożone przez protestującego wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny nie zawierają obiektywnych czynników uzasadniających prawidłową kalkulację ceny, odrzucenie oferty protestującego i w konsekwencji wybór oferty bez uwzględnienia oferty protestującego.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia została przez zamawiającego określona 03.12.2010 r. na kwotę 575 136,07 zł. Po powiększeniu tej wartości o właściwą stawkę VAT daje to kwotę **701 666,00** zł brutto. Podstawą ustalenia wartości zamówienia był kosztorys, wykonany w oparciu o rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania kosztów planowanych prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych

określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389) oraz o znajomość cen rynkowych usług Inżynierskich.

Zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej (por. w szczególności wyrok z 14.08.2008 r., KIO/UZP 794/08) za przesłanki, które uzasadniają wezwanie wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny są znacząca różnica między zaoferowaną ceną, a:

- 1) szacunkową wartością zamówienia (powiększoną o właściwą kwotę VAT);
- 2) cenami innych ofert złożonych w postępowaniu;
- 3) cenami rynkowymi.

Zamawiający wziął pod uwagę wszystkie trzy przedstawione przesłanki:

**Ad 1.** Oferta protestującego zawierała cenę **448 000,00** zł brutto. Oferta złożona przez wykonawcę stanowi zaledwie **63,9%** wartości zamówienia brutto.

Biorąc pod uwagę wysokość cen zaproponowanych we wszystkich złożonych w postępowaniu ofertach zamawiający oszacował przedmiot zamówienia w sposób prawidłowy.

W terminie zostało złożonych 16 ofert. Średnia cena złożonych ofert wynosi **736 134,15** zł brutto. Średnie odchylenie bezwzględne cen złożonych ofert w stosunku do wartości zamówienia brutto wynosiło **34 468,14** zł (4,9%). Przedstawione dane świadczą o tym, że wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia została przez zamawiającego przyjęta w sposób prawidłowy.

Zamawiający na początku roku 2009 r. prowadził już postępowanie na wykonanie przedmiotowej dokumentacji projektowej. Wartość zamówienia brutto została wówczas przyjęta na poziomie **403 576,00** zł. 24.03.2009 r. postępowanie to zostało jednak unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ ceny wszystkich złożonych ofert były znacząco wyższe od wartości zamówienia brutto. Średnia cen złożonych ofert wyniosła **715 651,33** zł brutto.

Wartość szacunkowa rozpoznawanego postępowania została przygotowana z uwzględnieniem poziomu cen, zaproponowanych w unieważnionym przetargu.

**Ad 2.** Cena zaproponowana w ofercie protestującego znacząco odbiega od cen zaproponowanych w pozostałych ofertach. Przede wszystkim w postępowaniu nie została złożona żadna oferta zawierająca cenę porównywalną z ceną zaoferowaną przez protestującego. Różnica pomiędzy jego ofertą, a zwartą grupą czterech kolejnych ofert była bardzo znaczna i wynosiła od **22,0% do 25,0%**, a w wartościach bezwzględnych od ok. 98 tys. do ok. 112 tys. zł brutto. Oznacza to, że protestujący zakładał wykonanie tego samego przedmiotu za cenę o ok. 1/4 mniejszą niż grupa czterech pozostałych wykonawców, którzy najsilniej konkurowali o uzyskanie zamówienia. Różnice pomiędzy ofertą protestującego a pozostałymi ofertami były oczywiście jeszcze poważniejsze – cena zaproponowana w ofercie

protestującego stanowiła jedynie 60,9% średniej wszystkich cen zaproponowanych w postępowaniu.

**Ad 3.** W rozpoznawanym postępowaniu jako ceny rynkowe powinny być uznane wszystkie oferty, a także oferty złożone w prowadzonym uprzednio przetargu nieograniczonym na wykonanie tego samego przedmiotu zamówienia. Jak zostało wykazane powyżej, oferta protestującego odbiega znacząco o wartości ofert składanych w tych postępowaniach. W szczególności, oferta protestującego od oferty zawierającej kolejną cenę różni się o 22,0%, a od najkorzystniejszej oferty w unieważnionym postępowaniu z 2009 r. aż o 39,6%.

Zamawiający uznał, że zaszły przesłanki wobec których zamawiający był zobowiązany do wezwania protestującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający uznał za spóźnione podnoszone w proteście zarzuty wobec czynności wezwania do wyjaśnień. Protestujący nie kwestionował tej czynności przez wniesienie w stosownym terminie protestu (por. wyrok z 17.03.2009 r. KIO/UZP 262/09 czy wyrok KIO z 14.01.2010 r. KIO/UZP 1831/09).

Oferta protestującego była jedyną spośród złożonych ofert, wobec której zaszły przedstawione powyżej przesłanki uzasadniające podejrzenie złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę. Wobec tego, postawiony w proteście zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przez wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jedynie protestującego jest bezzasadny.

W odniesieniu do zarzutu niewłaściwej oceny złożonych wyjaśnień należy zauważyć, że przekazane zamawiającemu wyjaśnienia w większości zawierają powtórzenie oświadczeń protestującego zawartych w ofercie z 10.02.2010 r. Zapewnienia o prawidłowym dokonaniu wyceny oraz o chęci i możliwości prawidłowego wykonania zamówienia za zaproponowaną cenę nie mogły być w ogóle brane pod uwagę, jako składane przez podmiot bezpośrednio zainteresowany w sprawie (por. wyrok KIO z 14.01.2010 r. KIO/UZP 1831/09). Podobnie ma się sytuacja z zapewnieniem protestującego, że oferta została skalkulowana w oparciu o Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych 2009. Oświadczenie protestującego, że oferta została skalkulowana w oparciu o Środowiskowe Zasady Wyceny Prac Projektowych 2009 nie zostało poparte przez żaden dowód, nie zostało także wskazane, którą ze wskazanych w tym opracowaniu metod posłużył się on w trakcie przygotowania oferty, ani nie zostały przedstawione dokonane na jego podstawie kalkulacje.

Ogólnikowe deklaracje protestującego o dysponowaniu własną kadrą czy o posiadaniu siedziby na terenie Krakowa nie świadczą w żaden sposób o istnieniu sytuacji wyróżniającej sytuację protestującego w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. W szczególności należy stwierdzić, że w składanych wraz z ofertą dokumentach wielu wykonawców wskazywało wyłącznie własny personel. Podobnie czynnik

lokalizacji siedziby protestującego nie uzasadnia jego szczególnie korzystnej sytuacji. Wielu z biorących udział w postępowaniu wykonawców posiada siedzibę czy biuro w Krakowie lub jego okolicy. Ponadto większość wykonawców, którzy korzystają z osób zdolnych do wykonania zamówienia, udostępnianych przez inne podmioty, oparła się na potencjale przedsiębiorców mających swoje siedziby w Krakowie lub w jego pobliżu.

Złożone przez protestującego wyjaśnienia są ogólnikowe, lakoniczne i nie zostały poparte żadnymi dowodami. Nie zawierają one merytorycznego uzasadnienia zaoferowanej ceny, ani nie wskazują obiektywnych czynników, które pozwoliłyby na uznanie, że sytuacja protestującego umożliwia mu złożenie oferty tak znacznie odbiegającej od wartości zamówienia brutto, od innych ofert złożonych w postępowaniu, a także od rynkowych cen, proponowanych za wykonanie dokumentacji projektowej. Protestujący w żadnym stopniu nie wykazał, jakie czynniki i w jakim stopniu wpłynęły na możliwość złożenia przez niego oferty zawierającej tak niską cenę.

Złożenie przez protestującego wyjaśnień o takiej treści nie spowodowało obalenia domniemania zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, które powstało w momencie wezwania protestującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (por. wyrok KIO z 17.03.2009 r. KIO/UZP 262/09). Wobec tego, uwzględniając stanowisko orzecznictwa, zgodnie z którym zamawiający nie może oceniać wyjaśnień w sposób bezkrytyczny (por. wyrok KIO z 19.01.2010 r. KIO/UZP 1902/09), a dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a także popartych dowodami (por. wyrok SO w Warszawie z 05.01.2007 r. V Ca 2214/06, wyrok KIO z 23.01.2009 r. KIO/UZP 58/09, wyrok KIO z 31.08.2009 r. KIO/UZP 1066/09), należało uznać że zaszła konieczność odrzucenia oferty protestującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Wobec tego decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty protestującego została dokonana zgodnie przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Dodatkowe Informacje, które zostały przedstawione w uzasadnieniu protestu także nie zasługują na uznanie, gdyż zostały złożone już po wyznaczonym terminie, w związku z czym ich uwzględnienie nie jest możliwe. Stanowiłoby to naruszenie określonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (por. wyrok KIO z 31.08.2009 r. K10/UZP 1066/09, wyrok KIO z 28.01.2010 r. KIO/UZP 1746/09). Z ostrożności należy wskazać, że także w tym dokumencie protestujący ograniczył się do wskazania ogólników, nie popartych uzasadnieniem wpływu wskazanych czynników na cenę oferty. W związku z tym, nawet jeżeli wskazane w proteście informacje mogłyby podlegać weryfikacji, to ich wpływ na zaproponowaną przez protestującego cenę pozostał nieudowodniony.

Ponadto dokumenty złożone przez protestującego wraz z ofertą nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednak wobec zajścia przesłanki powodującej odrzucenie oferty protestującego, zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp nie wzywał protestującego do uzupełnienia dokumentów.

Protestujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

**06.05.2010 r.** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (1) ARG Projektowanie Inwestycyjne Sp. j., ul. Herwina Piątka 16, 31-234 Kraków oraz (2) MP-Mosty Sp. z o. o., ul. Stoczniowców 3, 30-709 Kraków złożyli odwołanie i podtrzymali zarzuty podniesione w proteście.

Dodatkowo odwołujący stwierdził, że 26.04.2010 r. zamawiający oddalił protest odwołującego uznając wszystkie zarzuty za bezzasadne. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiający podniósł, iż wyjaśnienia złożone przez odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp były niewystarczające dla wykazania braku zaistnienia „rażąco niskiej ceny” oferty, a w konsekwencji, odrzucenie oferty było w pełni uzasadnione.

Z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że bez znaczenia dla sprawy i nową okolicznością jest podniesiony w rozstrzygnięciu protestu zarzut niespełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Powyższa okoliczność nie tylko nie była dotychczas podniesiona przez zamawiającego, ale i też sposób, w jaki została podniesiona, nie pozwala szerzej odnieść się do powyższej kwestii. Nie jest wiadome, w jakim zakresie i z jakich przyczyn zamawiający uznał, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dopiero na tym etapie. W świetle art. 26 ust. 3 Pzp oraz uwzględniając bezprawność decyzji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, powyższe nie jest bez znaczenia dla sprawy i zarzutów, które przesądziły o odrzuceniu oferty odwołującego. Należy jednak zwrócić uwagę, że nawet jeśli przyjąć powyższe, tym bardziej nie znajduje swojego oparcia w przepisach ustawy decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego.

**06.05.2010 r.** zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

**17.05.2010 r.** wykonawca (1) Pracownię Inżynierską Klotoida sp.j. oraz (2) Pracownię Inżynierską Klotoida sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.



**Na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez:**

**1) odwołującego:**

- a) dowód nr 1 – ZP-2 z poprzedniego postępowania – w zakresie zmian cen ofertowych w poprzednim i obecnym postępowaniu,**
- b) dowód nr 2 – zestaw cen zbliżonych postępowania – w zakresie wykazania stosunku szacunku wartości do cen ofertowych od 108% do 25%,**
- c) dowód nr 3 – wyszczególnienie elementów cen oferty wybranej i oferty odwołującego – w zakresie wykazania, że główna różnica między cenami tych ofert powstała ze względu na koszty zakupu map do celów projektowania;**

**2) zamawiającego: dowód nr 4 – analizę elementów cen i cen ofertowych w postępowaniu**

**– skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy, naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp przez pominięcie wyjaśnień udzielonych przez odwołującego, w związku z przyjęciem, iż udzielone wyjaśnienia nie zawierają obiektywnych czynników pozwalających na zaproponowanie ceny niższej niż zaoferowali inni wykonawcy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak słusznie wskazał odwołujący ustawa nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”, a także pojęcie to nie zostało zdefiniowane w literaturze czy orzecznictwie. Do każdego przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Do wystąpienia takich sytuacji każdy zamawiający musi podejść indywidualnie bez możliwości uniwersalnego uogólnienia.

W rozpoznawanym postępowaniu zamawiający uznał, że cena jednej z ofert w znaczący sposób, o około 40% jest niższa niż oszacowanie zamawiającego dokonane przed wszczęciem postępowania i cena ta również znacząco odbiega, o około 15% od grupy kilku najtańszych ofert. W związku z taką konstatacją zamawiający zastosował się do dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp i zwrócił się do wykonawcy (obecnego odwołującego) o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu zamawiający wskazał na podstawę prawną oraz na to, aby zwrócił uwagę na art. 90 ust. 2 Pzp, chociaż zamawiający nie przedstawił treści tego przepisu.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wyznaczył na wykazanie, że nie zastosował rażąco niskiej ceny bardzo krótki czas – dwóch dni. Mimo tego odczucia odwołujący wystosował swoje wyjaśnienia nie wykorzystując jeszcze jednego dnia, dlatego skład orzekający Izby nie może stwierdzić, że zamawiający wyznaczył dla odwołującego zbyt krótki termin na udzielenie wyjaśnień. Ponadto odwołujący zasygnalizował o zbyt krótkim czasie na sporządzenie wyjaśnień dopiero na rozprawie, a nie w terminie na wniesienie protestu i dlatego Izba nie rozpoznawała tego zagadnienia, zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 2 Pzp. Tym niemniej dwudniowy termin na dokonanie wyjaśnień w zaistniałej sytuacji nie może być uznany za zbyt krótki.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi, naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp przez bezpodstawne przyjęcie, że odwołujący przedstawił ofertę zawierającą „rażąco niską cenę” – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający we właściwym czasie zwrócił się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp. Od tego momentu na wykonawcy ciąży obowiązek dowiedzenia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wobec szybkości toczącego się postępowania zamawiający musi ograniczyć czas na sporządzenie wyjaśnień do dwóch, trzech dni. I tak zasadnie postąpił zamawiający. Ponadto sam odwołujący nie wykorzystał w pełni udzielonego czasu i przesłał wyjaśnienia o dzień wcześniej, a później – w przeznaczonym do tego terminie – odwołujący nie uzupełnił swoich wyjaśnień. Zamawiający dopiero po uzyskaniu wiadomości, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, udzielił bardziej wyczerpujących wyjaśnień, a następnie na rozprawie przedstawił dowody mówiące wyczerpująco o elementach oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Skład orzekający Izby stwierdza, że na etapie badania ofert zamawiający zwrócił się właściwie o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, natomiast odwołujący przedstawił swoje wyjaśnienia w sposób zbyt lakoniczny, bez załączenia żadnych dowodów na poparcie swojego stanowiska.

W treści art. 90 ust. 2 Pzp nie zostały drobiazgowo wskazane czynniki, które musi wziąć pod uwagę zamawiający podczas oceny wyjaśnień. Ustawodawca w treści art. 90 ust. 2 Pzp zastosował wyrażenie »w szczególności« przed wyliczeniem czynników. Wyrażenie to właśnie wskazuje na otwartą listę przykładowych elementów wskazanych w tym przepisie. To od wykonawcy udzielającego wyjaśnień zależy w jakiej mierze dostosuje się do wykazania okoliczności wpływających na zadeklarowanie ceny ofertowej. To wykonawca, mając wyraźny w tym interes, może przedstawiać dowolne przyczyny i na ich poparcie dowody, które wykonawca uzna za najadekwatniejsze. Tymczasem odwołujący ograniczył

swoje wyjaśnienia do powtórzenia zobowiązań zawartych w ofercie odnośnie ceny ofertowej, zastosowanej stawki VAT, terminu wykonania zamówienia, zaakceptowania postanowień specyfikacji i wzoru umowy oraz stwierdzenia, że wycena została sporządzona właściwie w oparciu o wiedzę i doświadczenie wykonawcy, że dysponuje on odpowiednimi pracownikami, którzy mieszkają i pracują w pobliżu miejsca przedmiotu zamówienia. Wreszcie w ogólnikowym stwierdzeniu odwołujący wskazał, że jest autorem projektu wykonanego na zlecenie innego podmiotu niż zamawiający (Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu) przebudowy ul. 29 Listopada do granicy miasta Krakowa, będącego kontynuacją przedmiotowej trasy DK-7 na terenie miasta Krakowa.

Odwołujący w całych wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych obiektywnych czynników, w szczególności niedostępnych innym wykonawcom, które mogły być wzięte pod uwagę przez zamawiającego w trakcie analizy oferty pod kątem, czy nie została zaproponowana oferta z rażąco niską ceną. Zwłaszcza napomknięcie o projektowaniu sąsiedniego odcinka trasy nie było poparte głębszą analizą czy argumentami, że zamawiający w celu właściwego zaprojektowania tego odcinka nabył już kosztowne mapy do celów projektowych na odcinek będący przedmiotem rozpoznawanego zamówienia. Argument ten pojawił się dopiero w trakcie procedury odwoławczej, a więc za późno, aby zamawiający był zobligowany do wzięcia tego argumentu pod uwagę w ciągu badania oferty.

Ponadto na poparcie nawet tego jedyne argumentu odwołujący nie przytoczył żadnego dowodu czy nie rozwinął tego motywu wskazując, że np. w związku zaprojektowaniem sąsiedniego odcinka nabył już wzmiankowane mapy i w związku z tym cena map będzie wynosić około 30 000 zł, a nie jak w konkurencyjnej ofercie około 100 000 zł (dowód nr 3). Dowód ten został złożony dopiero na rozprawie, a więc nie mógł on być wzięty pod uwagę przez zamawiającego podczas badania ofert.

Skład orzekający Izby podkreśla, że zamawiający nie odniósł się do samej kwestii rażąco niskiej ceny i nie odrzucił oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i nie wskazał, że oferta zostaje odrzucona gdyż zawiera rażąco niską cenę, ale odrzucił ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, gdyż uznał, że w istocie odwołujący nie złożył wyjaśnień dotyczących zastosowania rażąco niskiej ceny, gdyż 30 wyrazów tekstu wyjaśnień, w dodatku bez żadnych dowodów nie mogły wpłynąć na na tyle dostateczne poszerzenie wiedzy zamawiającego, aby mógł on uznać, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W związku z tym skład orzekający Izby nie może stwierdzić naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp i nie może przychylić się do zarzutu odwołującego w tym zakresie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci, naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, które to zasady zostały określone w art. 7 ust. 1 Pzp – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w jednakowy sposób traktował wszystkich wykonawców i wszystkie oferty, zgodnie z postanowieniami specyfikacji oraz przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Jak już wcześniej o tym wspomniano, nie jest zdefiniowany nigdzie poziom odstępstwa ceny ofertowej od wyceny szacunkowej, gdzie u zamawiającego musi powstać podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny i w związku z tym zastosowania procedury art. 90 Pzp. Poziom ten każdorazowo określa sam zamawiający biorąc pod uwagę stan rynku, wycenę szacunkową, czy ceny innych ofert zaproponowanych w tym samym postępowaniu. Jednak każdorazowo zamawiający sam musi podjąć decyzję jakie okoliczności weźmie pod uwagę w trakcie badania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, dlatego brak jest poważnych prób zdefiniowania tego problemu tak w orzecznictwie jak i w doktrynie.

Biorąc pod uwagę całość przedstawionej problematyki skład orzekający Izby uznaje, że zwrócenie się do podmiotu, który oferuje cenę niższą o około 35% niż wyliczenia szacunkowe i niższą o około 15 punktów procentowych niż grupa kolejnych najtańszych ofert jest uzasadnionym powodem do wystąpienia o wyjaśnienia zaoferowania takiej ceny.

Samo wystąpienie o wyjaśnienie ceny nie wzbudziło w odwołującym wątpliwości i nie wnosił do tej czynności zamawiającego środków ochrony prawnej. W związku z tym wysuwanie obiekcji w zakresie nierównego traktowania wykonawców, niezgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie bezpośrednio po otrzymaniu wezwania o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej musi zostać uznane za działanie spóźnione i nie może podlegać rozpatrzeniu, tym bardziej, że zamawiający nie popełnił w tym zakresie naruszeń ustawy, co wynika z dokumentacji sprawy i przebiegu rozprawy.

W związku z tym skład orzekający Izby nie może stwierdzić naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i nie może przychylić się do zarzutu odwołującego w tym zakresie.

Skład orzekający Izby nie brał pod uwagę dowodów przedstawionych przez strony, gdyż nie dotyczyły one meritum sprawy – zasadności odrzucenia oferty odwołującego ze względu na nie złożenie wyjaśnień lub dokonanie oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzającej, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp – a dowody dotyczyły faktycznego zaistnienia lub nie zaistnienia rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Również przytoczone orzecznictwo odnosi się do tych samych zagadnień i nie dotyka istoty sporu – możliwości zastosowania art. 90 ust. 3 Pzp i odrzucenia oferty ze względu na nie złożenie wyjaśnień lub dokonanie oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzającej, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na marginesie skład orzekający Izby uznaje, że zamawiający nie musi stosować się *stricto* do chronologii czynności wskazanej w art. 20 ust. 1 Pzp i kolejno dokonywać [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co może skutkować wykluczeniem wykonawców z postępowania, a dopiero następnie badać oferty, co może skutkować odrzuceniem ofert. Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający może te czynności stosować równolegle i następnie w zależności od własnej organizacji czy taktyki i potrzeb występować o uzupełnienie dokumentów, oświadczeń i pełnomocnictw lub o wyjaśnienia treści oferty czy elementów wpływających na wysokość zaoferowanej ceny.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp i z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie ze złożoną kopią faktury VAT.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591, Nr 219, poz. 1706) na niniejszy – wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....